

中国知的財産権に対する刑事責任制度の研究¹

——条約に係る重要条項を中心に——

徐彦冰²・舒子娟³・大友信秀（監訳）

はじめに

刑事的保護は、知的財産権保護の最後の砦である。しかし刑事罰は法的に最も厳しい制裁手段であり、両刃の剣のようなものである。他の制裁手段と比べて刑事罰は、知的財産権の侵害行為に対して有効であり、極めて強い抑止力となり、侵害の抑制効果が期待できる。しかし、刑事的保護策を利用しすぎると、執行コストを増加させ、公民の財産権及び人格権に対して重大な脅威となる可能性がある。知的財産権制度設立の趣旨からすれば、そのようなことは望まれていない。しかし、国際条約にしる、各国の国内法にしる、一般的には知的財産権に対する刑事的保護策が定められている。そのため、どの程度刑事的保護策を利用すべきかについて理論上及び実務上、注目されている。本稿は、TRIPS⁴、ACTA⁵、TPP⁶について知的財産権に関する刑事

1 本研究は中国国家留学基金委 2016 年青中堅教師海外研修プロジェクトによる助成の成果である。

2 中国上海交通大学専任講師（知的財産法）。金沢大学客員研究員（2016 年 9 月から 2017 年 9 月）として金沢大学において在外研究中。

3 金沢大学人間社会環境研究科人間社会環境研究学専攻法学・政治学コース（知的財産法）博士後期課程に在籍。

4 TRIPS とは、世界貿易機関（WTO）の知的財産権の貿易関連の付属協定（Agreement On Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights）である。

5 ACTA 協定とは、偽造品の取引の防止に関する協定（Anti-Counterfeiting Trade Agreement）である。本文では、2011 年 5 月 11 日の合意最終テキストを参照する。

6 TPP とは環太平洋連携協定（環太平洋パートナーシップ協定）（Trans-Pacific Partnership

法執行条項を参照しつつ、現在中国が有する刑事法執行制度を検討し、今後の効果的な制度運営に対する提言を行うものである。

一 国際条約における知的財産権に係る刑事規定

(一) 「商業的規模」

1. TRIPS 協定中の「商業的規模」

TRIPS 第61条は「刑事上の手続き」に関する規定である。その規定は、加盟国が少なくとも故意による「商業的規模 (commercial scale)」の商標の不正使用及び著作物の違法な複製について、適用される刑事上の手続きとその保護⁷を定めている。しかし、「商業的規模」の内容については詳細に規定していない。TRIPS でこれを明示していないため、加盟国が国内法令を制定する際、国によって異なる理解がされることになる。中国と米国では「どのようなスケールが商業規模を構成するか」について見解に相違があるため、2007年4月、米国は中国の知的財産に関する刑事的保護のメカニズムについてWTO紛争解決機関に訴えを提起した (いわゆる「WTO提訴」)。WTOパネルの報告書では、「商業的規模」の解釈について、「商業」の定性的な用語と「規模」の定量的な言葉を考慮すべきであるとした⁸。TRIPSの他の規定を考慮すると⁹、「商業的規模」及び「抑制する効果」の用語は、正確な概念ではなく、

Agreement) である。本文では、2015年11月5日に、米国の通商代表のオフィスの公式ウェブサイト上で公開しているTPPテキストに参照する。

7 TRIPs “Section 5: criminal procedures” Article 61: Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. …

8 WT/DS362/R, 26 January 2009, CHINA – MEASURES AFFECTING THE PROTECTION AND ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, Report of the Panel, Page 107, VII.2-VII.3.

9 WTOパネルの報告書では、第61条最初の文及第4句4番目の文を除いて、TRIPS協定の他の条文は「規模」という用語を使用していない。WT/DS362/R, 26 January 2009, CHINA – MEASURES AFFECTING THE PROTECTION AND ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, Report of the Panel, Page 108, VII.8.

その用語の意味は、商標の不正使用と著作物の違法複製の異なる形式、また商品と市場の具体的な状況の違いによって決定される。それゆえ、2007年の中国と米国の紛争で、「商業的規模」については、WTO 紛争解決機関は、米国の主張を支持していない。

確かに TRIPS の文言自体は「商業的規模」について定義してない。しかし、パネル報告書から、WTO の体系の下で、TRIPS は、各国の市場と経済発展の違いを認めた。その違いに基づいて、「商業的規模」について、各加盟国は、各国の事情と刑法の体系の異なる基準によって規定することが認められている。これにも関わらず、米国は、国際知的財産権条約の交渉中だったため、まだ2007年WTO 中米紛争案で、米国が「商業的規模」の定義について明確かつ厳格にしようとする観点から主張をしており、ACTA と TPP において、「商業的規模」に関する規定にもそのような傾向がある。

2. ACTA に関する「商業的規模」

ACTA 最終テキストでは、ACTA 第23条第1項によれば、「この節の規定の目的としては、商業的規模で行われる行為には、少なくとも直接又は間接に経済上又は商業上の利益を得るための商業活動として行われる行為を含むこと」¹⁰とある。ここでの「少なくとも」の用語は、「商業的規模」の判断についての最低基準の一種の限定である。すなわち、「直接又は間接に経済上又は商業上の利益を得るための商業活動として行われる行為」は、各締約国が、商業的規模の構成を判断するために考慮しなければならない基本的な要素である。ACTA は、「商業的規模」の解釈で、「唯一の要素」ではなく、「基本的な要素+他の要素」としている。これにより、各締約国が国内法を制定する際に、各国の国内経済発展レベルと商品市場の規模によって、法規制を定める

10 ACTA 第23条第1項に参照「For the purposes of this Section, acts carried out on a commercial scale include at least those carried out as commercial activities for direct or indirect economic or commercial advantage.」

適当な空間を与えている。たとえば、仮に一つの国が制定した「商業的規模」の判断要件が「直接又は間接に経済上又は商業上の利益を得るための商業活動として行われる行為」及び「侵害行為に至るまでの具体的数額」の二つであれば、ACTA に合致する。したがって、ACTA においては、「商業的規模」の意味を一定に解釈し、TRIPS に係る規定と一致させるため、各国は、異なる国の状況によって規定を制定する余地を残している。

3. TPP に関する「商業的規模」

TPP 第 18.77 条「刑事上の手続・懲罰」においては、1 項によれば、各締約国が少なくとも「商業的規模」に対しての商標の不正使用行為、著作物の違法な複製および隣接権を侵害する場合においては、刑事上の手続・懲罰を適用し¹¹、そして続けて「商業的規模」について解釈している。この規定には、TRIPS、ACTA と比べると、以下の二つの差異が現れている。

(1) 知的財産権に対する刑事的保護の範囲が拡大されている。

TPP は ACTA¹² に関する刑事的保護の範囲と同様にこれを導入し、TRIPS 第 61 条についての「少なくとも、商標の不正使用行為あるいは著作物の違法な複製行為がある場合においては、刑事上の手続と刑事的保護を適用する」から、「少なくとも「商業的規模」に対しての商標の不正使用行為、著作物の違法な複製および著作隣接権を侵害する場合においては、刑事上の手続・刑事的保護を適用する」まで拡大された。ここでの変化は、もともと TRIPS においては、各締約国が隣接権を侵害される場合に刑事的保護をするかどうかは

11 TPP Article 18.77: Criminal Procedures and Penalties “1. Each Party shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright or related rights piracy on a commercial scale.”

12 ACTA 第 23 条第 1 款に参照する。:” Each Party shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright or related rights piracy on a commercial scale.”

選択することができることから、強制的な基本的な規定であり、各締約国がこの点について留保することは許されないことになった。これは、根本的に知的財産権保護の範囲を拡大したことになる。

(2)「商業的規模」について明確に定義された。

TPP第18.77条第1項は、「商業的規模」について、少なくとも①(a) 商業上の利益又は金銭上の利得のために行われる行為、②(b) 商業上の利益又は金銭上の利得のために行われるものではない重大な行為であって、市場との関連において当該著作権者等（著作権者と著作隣接権者）の利益に実質的かつ有害な影響を及ぼすものと規定している¹³。TPPの「商業的規模」を解釈すれば、知的財産犯罪の構成要件における主観的要件は、「商業上の利益又は金銭上の利得目的¹⁴」に限定されるのではなく、「商業上の利益又は金銭上の利得目的ではなく」行われる行為となる。この規定は、各締約国が国内市場と特定商品の状況によって、「商業的規模」を定義する柔軟なスペースを圧縮するだけでなく、知的財産犯罪の範囲を拡大し、知的財産権保護の閾値のレベルを増加させる。

13 Article 18.77: … In respect of wilful copyright or related rights piracy, “on a commercial scale” includes at least:

(a) acts carried out for commercial advantage or financial gain; and
(b) significant acts, not carried out for commercial advantage or financial gain, that have a substantial prejudicial impact on the interests of the copyright or related rights holder in relation to the marketplace.

14 しかし、中国刑法によれば、知的財産犯罪の構成要件の主観的な要件は、「商業上の利益又は金銭上の利得目的」でなければならない。

(二) 商標権に関する刑事手続と規則

1. 登録商標の偽造罪の対象

TRIPS 第 61 条¹⁵は、各加盟国が登録商標冒用の行為について刑事的保護を提供すべきであることを定めている。これに対して、TRIPS 協定第 15 条¹⁶の規定は、商標について定めている。商標は商品商標とサービス商標も含む。ACTA 第 23 条も登録商標の偽造罪の対象について商品商標とサービス商標を含めている¹⁷。この問題に関しては、TPP、TRIPS、ACTA は、登録商標の偽造罪の対象について商品商標とサービス商標を含めることで一致している¹⁸。

2. 登録商標の偽造罪の適用の範囲

TRIPS では「故意による商業的規模の商標の不正使用¹⁹」に対し、刑事上の手続きを適用する。TPP は、この点について ACTA の規定と基本的に一致している。しかし TRIPS と比べると、適用の範囲は、より具体的かつ詳細な規定を設けており、主に二つの点に表れている

(1) 登録商標の偽造罪については具体的に登録商標の許諾を得ることなく商標を付したラベル又は包装の故意による輸入及び国内使用に対する刑罰規定が定められている²⁰。しかし、TRIPS では、具体的に登録商標の偽造罪を適

15 TRIPs Article 61 “Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale.”

16 TRIPs Article 15: Protectable Subject Matter “1. Any sign, or any combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings, shall be capable of constituting a trademark.”

17 ACTA 第 23 条 2 項で、“goods or services” と明示されている。

18 TPP 第 18.77 条 3 項の中で、“goods or services” について明確的に表れている。

19 TRIPs Article 61, 前掲、注 (15) 参照。

20 TPP Article 18.77 “3. Each Party shall provide for criminal procedures and penalties to be applied in cases of wilful importation¹²⁹ and domestic use, in the course of trade and on a commercial scale, of a label or packaging:”

用するかどうかの詳細は規定していない。

(2) 自国の領域において登録されている商標と同一の商標又は当該自国の領域において登録されている商標と識別することができない商標が、許諾なしに当該ラベル又は当該包装に付されていること²¹。自国の領域において商標が登録されている物品と同一の物品について又は自国の領域において商標が登録されているサービスと同一のサービスに関連して商業上使用するためのものであること²²。これに対して、TRIPS16条²³は、商標権者が商標権者の許諾なしに使用されることと登録された商標と同一又は類似の標識を商業上使用されることの結果として混同を生じる行為を制止する規定である。しかし、「意図的使用」という状況については包含されていない。TPPでは、意図的使用行為は明確に刑事手続きの対象に含まれている。TRIPS と比べると、商標保護のための刑事罰の範囲が拡大されている。

(三) 映画盗撮に関する刑事手続と処罰

映画を盗撮する行為に対して、TRIPSでは、何も定めていなかった。ACTA第23条3項により、締約国は、公衆に一般的に公開されている上映施設において上映中の映画の著作物を許諾なしに複製することについて、適当な場合には、刑事上の手続及び刑罰を定めることができると規定された²⁴。条約は

21 TPP Article 18.77 "3 (a) to which a trademark has been applied without authorisation that is identical to, or cannot be distinguished from, a trademark registered in its territory;"

22 TPP Article 18.77 "3 (b) that is intended to be used in the course of trade on goods or in relation to services that are identical to goods or services for which that trademark is registered."

23 TRIPs Article 16: Rights Conferred "1. The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion."

24 ACTA Article 23 "3. A Party may provide criminal procedures and penalties in appropriate cases

「できる」という言葉を使っていることから、この規定は非強制的である。要するに、各締約国はこの規定を適用することを選択することができるし、留保することも選択できる。これに対して、TPP では、各締約国に対して強制性を有する条項に替えた。TPP 第 18.77 条 4 項では、各締約国は、映画館において上映中の映画の著作物の許諾を得ない複製であって、当該映画の著作物の市場において権利者に対し重大な損害を与えるものに対処すること及び当該損害を抑止することの必要性を認め、少なくとも適当な刑事上の手続及び刑罰を含む措置を採用し、又は維持するべきとした²⁵。

映画盗撮に関する刑事手続と処罰問題について、TRIPS 協定では、何も定めていなかったことから、ACTA では非強制的な規定を設けていること、そして、TPP で強制性を有する条項を定められたことになった。これらの変化を見てみると、映画盗撮行為に対して先進国は刑事制裁を求めはじめたことが見られる。しかも、広い範囲で、映画盗撮行為に対して、制裁することと抑制することが求められている。TPP の強制的規定は、米国をはじめとして利益集団がその点についての願望を求めていることの現れである。他方で、映画盗撮行為に刑事制裁を加えることで、知的財産権犯罪の行為の類型を増加させたり、知的財産の刑法保護の範囲を拡大したりしてきた。

(四) 刑罰の基準と救済方法

TRIPS、ACTA、TPP に関して刑罰の基準と救済方法について比較した。その結果は、刑罰の基準上、「十分な抑止力を有すること」と「適応する刑罰」

for the unauthorized copying of cinematographic works from a performance in a motion picture exhibition facility generally open to the public.”

25 TPP Article 18.77 “4. Recognising the need to address the unauthorised copying 131 of a cinematographic work from a performance in a movie theatre that causes significant harm to a right holder in the market for that work, and recognizing the need to deter such harm, each Party shall adopt or maintain measures, which shall at a minimum include, but need not be limited to, appropriate criminal procedures and penalties.”

を明確にしていることが判明した。救済方法としては、監禁、罰金、差押え、没収及び廃棄の刑事責任を含めている²⁶。しかし、TRIPSは、どんな状況でどんな刑罰を適用するか規定が不明確である。また、TRIPS第61条において、「適当な場合 (in appropriate cases)」に関しては、あいまいである。そのため、締約国は、そのような規定の解釈に多くの問題を抱えた。これに対し、ACTA、TPPは、明確な規定を定めている。

ACTA第25条に基づき、自国の権限のある当局が差押え、没収及び廃棄の方法で権利侵害活動から直接若しくは間接に利益を取得する²⁷。また、差押え、没収の方法で、権利侵害活動を通じて直接若しくは間接に取得された資産の価値に相当する価値を取得する²⁸。そして、差押えの命令を発するため前提条件とする場合には、差押えを目的として当該物件を特定するために必要である以上に詳細に当該物件について説明することを要求してはならない²⁹。最後に、侵害者に対する補償を認めないという原則を確立している³⁰。

TPP第18.77条6項に基づき、7つの場合において、知的財産権に関する刑罰の基準と救済方法を明確にしている。具体的にみると、まず、十分に高額な罰金は、将来の侵害行為を抑止する作用がある³¹。次に、当該締約国の司法当局その他の権限のある当局が、不正商標物品又は著作権侵害物品であるとの疑いがある物、侵害活動に関連する材料及び道具、証拠書類を差押えることができる³²。そして、当該締約国の司法当局が、少なくとも重大な犯罪については、侵害活動から生じ、又はその活動を通じて取得された資産の没

26 TRIPs Article 61, ACTA Article 24 & Article 25, TPP Article 18.77.

27 ACTA Article 25, 1 & 3

28 ACTA Article 25, 5

29 ACTA Article 25, 2.

30 ACTA Article 25, 3 & 4.

31 TPP Article 18.77, 6 (a).

32 TPP Article 18.77, 6 (c).

収を命ずる権限を有する³³。当該締約国の司法当局が、没収又は廃棄を命ずる権限を有する状況を定めた³⁴。侵害物品である模倣品及び海賊品が廃棄されない場合には、当該司法当局その他の権限のある当局は、自由な措置を採用することが可能である³⁵。

したがって、TRIPS 第61条の規定と比べて、ACTA から TPP まで、刑罰の基準と救済方法については、明確な規定と解釈されているために、国際条約上強い執行性を有している。

一 中国の現行知的財産権における刑事責任制度の概要

(一) 条約に関する規定を満たしている点

1. 「商業的規模」と関係を有する法規

「商業的規模」に関する立法理由が、商標犯罪と著作権犯罪では異なる。登録商標の偽造罪と登録商標を偽造した商品を販売する罪に関しては、確かに中国の知的財産権刑事処罰の立法上、これらについて明確に「商業的規模」の用語を使ってはいない。しかし、刑法の条文と司法解釈中で「商業的規模」に関連する規定は存在している。具体的にみると、商標犯罪では、立法が「商業性」に制限している。主に『刑法』に係る条文³⁶中で「使用（商標）」、「販売」と司法解釈³⁷の中で「経営」などと表現している。それらを通じて、

33 TPP Article 18.77, 6 (d)

34 TPP Article 18.77, 6 (e). この規定は没収又は廃棄する物品としては、(1) 全ての不正商標物品及び著作権侵害物品 (2) 主として著作権侵害物品又は不正商標物品の生産において使用された材料及び道具 (3) 不正な商標が付され、及び犯罪のために使用されたラベル又は包装

35 TPP Article 18.77, 6 the last paragraph. この部分は、補足規定である。その規定は、例外的な場合侵害物品である模倣品及び海賊品が廃棄されない場合には、当該司法当局その他の権限のある当局が権利者に損害を与えないような態様でそれらを流通経路から排除する措置を確保する。

36 《中华人民共和国刑法》第213、214和215条。

37 2004年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律

「商業」特質は定義されている。それ以上に、立法では、「規模性」のほうが強調されている。『刑法』第213条は、登録商標の偽造罪を定めている。この規定は犯罪の裁量基準として「経緯が重大」と「経緯がとりわけ重大」の表現を使用している。また、2004年司法解釈は、具体的な違法経営の数額まで定めており、それに『刑法』第214条登録商標の偽造した商品の販売罪³⁸と『刑法』215条違法製造、登録商標標識の偽造、販売罪の裁量についてさらに明確に定めている³⁹。

これに対して、著作権について、刑法では、著作権侵害罪⁴⁰と違法複製品販売罪⁴¹の二つの罪名が定められている。この二つとも、「営利目的」の表現から「商業性」が求められている。そして、2011年司法解釈⁴²は「営利目的」をより具体的に定めている。すなわち、「販売」以外に、広告、会員登録費用を取得すること、他人の作品を利用して金銭目的で行う場合は「営利目的」の範疇に含まれる。また、刑法及び司法解釈⁴³も侵害複製品の具体的な数量や、違法経営数、インターネットの閲覧数及び会員登録数など「規模性」についての規定を定めている。

したがって、中国の立法体系中には、「営利目的」、「販売」、「経営」などの表現から「商業性」を現す規定が存在する。また、犯罪要件としては、一定の「数額基準」で「規模性」の要件を満たさなければならない。要するに、

若干问题的解释》第1条、第2条、第3条。

38 2004年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条。

39 2004年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条。

40 《中华人民共和国刑法》第217条。

41 《中华人民共和国刑法》第218条。

42 2011年《最高人民法院、最高检察院、公安部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第10条。

43 2011年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第十三条。

「商業性」と「規模性」の二つ要素を合わせて、中国立法体系中の「商業規模」の要件は規定されているのである。

2. 商標権犯罪に関する法律規定

中国『刑法』第213条は、「登録商標権者の許可なしに、登録商標と同一な商標を同一の商品に使用する」（要するに「二重偽造」）行為に関する刑事責任と処罰の規定である。2004年と2011年の司法解釈によれば、「同じ商標」は、もちろん偽造登録商標の使用に際して登録商標と完全に同一の商標が使用される状況を含む。そして、偽造登録商標の使用に際して視覚上ほとんど区別できず、その商標が人々に誤解される場合（十分に類似している場合）も含む⁴⁴。「同一商品」は、名称が同じ商品を含み、名称が違っても実質的に同一の物も商品に含まれる⁴⁵。これらの拡大解釈は、中国刑法体系中では、「同じ商標」の定義について、TPP協定中の「同一あるいは区別できない」とされている部分に一致している。

これに対して、TPPの「貿易過程中で、故意に登録商標の商品あるいはサービスと同一の商品又はサービスを使用する」行為が、中国2011年の司法解釈第8条ではじめて未販売あるいは部分販売の偽造商品の行為について規定された。そして、これを犯罪の未遂行為として処罰することにした。この規定により、ある程度TPPの要求する、貿易過程中で、故意に同じ商品あるいはサービス上で登録商標と同じ標識を使用すること又は、包装する行為を刑事手続の対象とし処罰するということに应えられた。

44 2004年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第八条、2011年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第六条。

45 2011年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第五条。

(二) 現在の中国の法律の枠組みで不完全な部分

1. 映画盗撮に関する刑事的措置と処罰に関する法規

現在、中国の刑法の中では、映画館で盗撮する行為に対して、刑事犯罪と処罰についての規定がない。しかも、中国大陆では、映画を盗撮する行為に関する刑事処罰の事案もない。しかし、『著作権法』第48条は、著作権保護の対象となる作品が無許諾で複製された場合において、刑事責任を追及する規定である。その規定は、映画を盗撮する行為の刑事責任を追及する立法根拠である。なお、香港では、映画館で盗撮する行為に対して、刑法で罰せられる⁴⁶。2016年11月7日に『中華人民共和国映画産業促進法』の中で、「本法規定に違反し、犯罪となった場合に、この法に基づいて刑事責任を追及することができる。」と規定している⁴⁷。しかしながら、現在中国の刑法に、映画を盗撮する行為について刑事責任を追及する条文がない。そのために、映画を盗撮する行為は、どの範囲内で罪になるのか明確な刑法の根拠を持たない。

2. 輸入販売における商標権侵害についての刑事手続と処罰

中国の『関税法』と『知的財産権関税保護条例』は、輸入商品について知的財産権が侵害された場合において、要件を満たせば、法に基づいて刑事責任を追及できると定めている⁴⁸。これに対して、TPPは、商標権侵害の刑事手続と処罰について、「輸入」の場合まで明確に定めている⁴⁹。しかし、中国『刑法』中では、「輸入」の場合について、偽造商標の商品に対する刑事責任の定めがない。これによって、税関で偽造商標の輸入商品を押収した後、公安機関で刑事責任を追及する法律根拠が不足している。また、現在中国の法律の枠組みの下で、輸出の場合の商標侵害にあたって、対応する

46 香港《防止盗用版权条例》第544章第31条。

47 《中华人民共和国电影产业促进法》第56条。

48 《中华人民共和国海关法》第91条；《中华人民共和国知识产权海关保护条例》第31条。

49 TPP Article 18.77, 2 & 3.

刑事手続と処罰の法律根拠が明確ではない。よって、中国でこれらの事件が生じた際は、刑事処罰の代わりに行政処罰をしているのが現状である。したがって、税関でこれらの案件の調査、分析と定性について、現場では刑事責任の判断が求められている。そして、税関の法執行に対して比較的高い要求がされているため、実際の執行では困難に直面している。

二 中国知的財産権に関する刑事執行の示唆

刑法の謙抑性⁵⁰によると、刑事罰は違法行為に対して最も厳しい最後の救済手段である。他の社会制御手段が不十分である場合、刑事手続が行われる。知的財産権に対しても同様である。もし民事、行政手段が十分かつ有効的な救済を提供していれば、知的財産権の刑事手続と刑法保護を利用する必要はない。刑事執行制度の設計について、新しく結ぶ条約の傾向に合わせて、刑事手続の適用範囲を拡大したり、刑事処罰の程度を上げたりするというわけではない。TPPを締結する国は、主に先進国である。中国は、途上国として、中国の国情に基づいて自身の経済、技術、文化発展レベルを十分に考慮しなければならない。「最低保護基準」の基本目標として知的財産権の刑事法による保護を達成する。同時に条約において、知的財産権保護に関する条項は、現在の中国の知的財産権刑事法執行の仕組みに対して意味を持っている。中国の具体的な国内法制度の差異化が反映され、合理的な立法又は政策選択をすることができる。

(一) 現在の法律体系における『商業規模』の反映

上で述べたように、中国の知的財産権の刑事的保護と処罰について、定性的な「商業性」と定量的な「規模性」が規定に反映されている。この二つを合わせて、中国法は「商業規模」を定めている。確かに、ある学者は、著作

50 平野龍一『刑法総論』（有斐閣、1972年）47頁。

権侵害行為である「営利目的」という主観的要件を削除すべきと主張し、「自由刑と罰金刑」という両方のペナルティ構造⁵¹を推奨する。しかしながら、「営利目的」という要件を削除すると、中国法が「商業規模」解釈について、「定性」という要件規定を満たさないことになる。本章では、中国の立法は、知的財産権刑事犯罪の商業行為について一定の数量規模に関する規定を保持すべきと考える。この点については、TRIPS 協定で確立した国際基準に符合している。また、WTO パネルの裁決にも一致している。さらに、TPP に関する規定にも対応可能である。

（二）映画盗撮については刑事的保護の枠組みに入れないこと

映画盗撮の量刑の変化についてみると、TRIPS 協定では、それについての規定がない。それから、ACTA 協定では非強制協定になり、TPP は強制規定になった。この変化は、国際社会が映画盗撮の問題を重視していることを反映している。この規定は米国 2005 年家庭エンターテインメントと著作権法案の中の、許可なしに公に映画を放送することに対する規定である⁵²。映画館での盗撮については、刑法で犯罪行為と定めた国がある。メキシコ、日本とカナダは類似する立法と判決を有している⁵³。学者によっては『映画促進法』の立法の機会又は刑法修正案の際に、盗撮行為に対して刑事責任を含めるよう提言する者もある⁵⁴。しかし、本稿は、映画盗撮する行為について刑罰に入れるのは、中国の司法資源が有限であり、司法の公平から見ると、比較

51 羅曦：《论著作权刑事保护范围——基于〈著作权法〉与〈刑法〉的比较分析》，载《知识产权》2014年第10期。

52 US Code - Section 2319B: Unauthorized recording of Motion pictures in a Motion picture exhibition facility.

53 Bill C-59, An Act to amend the Criminal Code (unauthorized recording of a movie), Statutes of Canada 2007, Chapter 28. First Session, Thirty-ninth Parliament, 55-56 Elizabeth II, 2006-2007.

54 孙益武：《论电影作品的保护与盗录行为的法律规制》，载《行政与法》，2011年第6期。

的重要度が低いと考える。そして、映画を盗撮する行為は、著作権法中の複製権規制に該当する。したがって、映画盗撮行為は、違法利得3万元（日本円で約50万円に相当）以上あるいは違法経営額5万元以上、あるいは複製数量1000部以上になれば、刑事責任を追及することができる。『刑法』で罪名まで入れるべきでない。もちろん、国際社会が映画盗撮行為をコントロールすることについて、中国はそれを参考にすべきである。刑法保護ではなく行政的に映画作品の保護を提供するのが中国である。映画館で映画盗撮行為を防止することは、中国にとっても検討する価値がある。

（三） 輸入行為を偽造商標行為に関する罪とする法律規定を明確にすること
上で述べたように、輸入する際に偽造商標行為に対して、中国の刑法では明確な規定がない。よって、税関で輸入する際に、偽造商標の商品を押収した後、執行権限が不明確な場合は、公安機関に移り、刑事処罰の対象とすることができなくなる。しかし、刑法で明確な規定がないため、『関税法』と『関税知的財産権保護条例』の中から刑事責任を問うための条項を実際に執行するには困難がある。立法コストと効率を考慮して、本稿は、輸入する際に偽造商標行為は、刑事手続と処罰の問題に当たるため、司法解釈を通じて輸入偽造商標商品罪を導入することを薦める。これにより、条約の要求を満たすことになる。そして、中国国内法は、偽造商標権の付された商品の輸入を侵害行為罪に入れることで法律適用問題を解決することができる。これにより、『関税法』と『関税知的財産権保護条例』に関する規定が効率よくつながることになる。このように、関税執行と公安機関の制度を合わせた、立法のガイトを提供することとなる。

終りに

TRIPS から ACTA、TPP に至るまで、知的財産権の刑事執行の規則において、一般規定から具体的な措置という流れに変わった。条約の知的財産権侵

害に対する刑事執行への要求から、「ソフトロー」から「ハードロー」に変化してきたと言える。すなわち、各国の国内法制度の提供を要求する以外に、制度を確立した後に、有効的に執行することができるか否かにも強い関心を示している。中国の場合には上で述べたとおり、知的財産権の刑事的保護において、TRIPSの要求を満たしている。ACTAとTPPで新たに定められた点に対しては、中国の刑事的保護の実体内容の規定を拡大する可能性がある。その場合、中国の国情を十分に考慮し、留保か参考にするか異なる対処をすることによって、刑事で知的財産権の犯罪に対応するかどうかを考慮すべきである。刑事罰を科すことが必ずしも高水準の知的財産権保護であるとは言えず、合理的な範囲内において、刑罰を抑制することも必要な考え方である。

参考文献：

1. [日] 平野龍一『刑法総論』（有斐閣、1972年）。
2. 贺小勇：《论 TRIPS 协定第 61 条“商业规模”的解释问题——评析中美知识产权贸易争端》载《国际贸易》2008年7月。
3. 刘科著：《论〈与贸易有关的知识产权协定〉第 61 条之“商业规模”》，载《刑法论丛》，2010年第4期。
3. 孙益武：《论电影作品的保护与盗录行为的法律规制》，载《行政与法》，2011年第6期。
3. 罗曦：《论著作权刑事保护范围——基于〈著作权法〉与〈刑法〉的比较分析》，载《知识产权》2014年第10期。
4. 中国社会科学院世界经济与政治研究所国际贸易研究室：《〈跨太平洋伙伴关系协定〉文本解读》，中国社会科学出版社，2016年1月版
5. 郑旭江：《知识产权刑法保护的变化因素与立法反思——以TPP协议的通过为线索》，载《河北法学》2016年6月。